

LE ATTUALI SFIDE DELLA *RULE OF LAW* IN GERMANIA TRA INDIPENDENZA DEI MAGISTRATI, LOBBISMO E TUTELA DEI DIRITTI NELL'EMERGENZA*.

di Andrea Gatti**

Sommario. 1. Un report *à l'Allemande?* – 2. Il problema dell'indipendenza esterna dei magistrati. - 2.1. La mancanza di un organo di autogoverno: il problema delle nomine e delle sanzioni disciplinari. – 2.2. I poteri direttivi dell'esecutivo sulla magistratura requirente. – 3. Corruzione e trasparenza: la recente riforma della normativa sul lobbismo. – 4. *Rule of law* e Covid-19. – 5. *Wertordnung* e *rule of economy* come fattori di dilatazione delle categorie classiche dello stato di diritto.

182

1. Un report *à l'Allemande?*

A luglio 2021 la Commissione europea ha pubblicato la seconda Relazione annuale sullo Stato di diritto, confermando così il nuovo meccanismo europeo globale che vuole prima indagare e poi registrare gli sviluppi ordinamentali nei Paesi dell'Unione.

La presa di consapevolezza del *backsliding* della cultura costituzionale di alcune democrazie europee che, sebbene giovani, si credevano ormai consolidate, sembra confermare un *refrain* sempre più diffuso: quello che vede nelle *crisi* in atto un indebolimento strutturale della democrazia costituzionale e liberale. L'assottigliamento e la progressiva sparizione delle voci ottimiste di pubblicisti e dottrina che fino ai primi anni duemila esaltavano la *fine della storia*, ha fatto posto all'apprensione di coloro che ritengono che il rispetto dello stato di diritto rappresenti una felice eccezione, anche all'interno dell'Europa stessa. Le continue concessioni in favore di alcuni ordinamenti

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo è una rielaborazione e attualizzazione dell'intervento tenuto nell'ambito del ciclo di *webinar* su “La *Rule of Law* in Europa” organizzato dall'unità di Pisa (Responsabile Prof. Rolando Tarchi) inclusa nel Progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2017) su “*Framing and Diagnosing the Constitutional Degradation: a Comparative Perspective*” (Principal Investigator Prof.ssa Tania Groppi – Università di Siena)

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Pisa.

dell'est Europa in evidente deconsolidamento democratico non hanno fatto che aggravare questa situazione¹.

È certamente nell'ambito di questo *imprinting* che va inserito uno dei primi gesti politici del Presidente della Commissione europea, la tedesca Ursula von der Leyen, quando decise di conferire al Commissario Maragritis Schinas la fumosa (ma suggestiva) delega alla *Promozione dello stile di vita europeo*.

Una Commissione a guida tedesca, così attenta alla valorizzazione dell'identità *politico-costituzionale* europea, non poteva che mostrarsi sensibile a queste sollecitazioni, tanto che non sarebbe inopportuno chiedersi quanto di tedesco ci sia nei *report* della Commissione. Per il particolare contesto storico-istituzionale post-bellico tedesco la Germania rappresenta uno dei terreni più fertili per le speculazioni sull'effettivo rispetto dello stato di diritto: la vigile attenzione dedicata alla conservazione dell'impianto democratico rappresenta, infatti, come è stato scritto, una «scelta *fondamentale* della Legge *fondamentale*»², preordinata a fondare un sistema di protezione costituzionale che pone al centro della propria azione tanto la dimensione di *legalità* che di *legittimità* politica dell'esercizio del potere decisionale delle pubbliche istituzioni. Per questo motivo, nella sua attuale interpretazione, il *Rechtsstaat* tedesco presuppone, come suo primo ed indefettibile fondamento, un «pre-assetto democratico» (*demokratische Vorordnung*) il quale, a sua volta, si inverte tanto attraverso un fattore extragiuridico (l'atteggiamento mentale *vigile e liberale* della società, essenziale per la sopravvivenza democratica, ma di per sé incontrollabile) quanto attraverso la predisposizione di un vero e proprio ordine giuridico-formale di valori (la celebre *Wertordnung*)³; si capisce allora perché l'esplicito richiamo allo stato di diritto nel *Grundgesetz* (il cui art. 28, comma 1, definisce

¹ Si parla sempre più spesso con riferimento ad esse di “*Third Wave of Autocratization*”, espressione è mutuata da Varieties of Democracy Institute (V-Dem), 2020, *Autocratization Surges – Resistance Grows. Democracy Report 2020*, 2020, online su https://www.v-dem.net/media/filer_public/de/39/de39af54-0bc5-4421-89ae-fb20dcc53dba/democracy_report.pdf.

² In BVerfGE 5, 85 si parla di «scelta costituzionale». In BVerfGE 28, 36 e 30,19, si parla di «scelta fondamentale del GG». Il Tribunale aveva ben presente i lavori preparatori del GG e in particolare il Rapporto finale della Commissione costituente dei Presidenti dei *Länder* (*Verfassungskonvent*) di Herrenchiemsee, dove si precisa, con riferimenti ai limiti dei diritti fondamentali, che «non c'è bisogno di dichiarare che una democrazia che non si difende corre il pericolo di auto-annientarsi» e che per tale ragione le aggressioni contro l'ordinamento liberal-democratico danno luogo alla limitazione dei diritti politici: cfr. *Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*, München, Richard Pflaum Verl., 1949, spec. p. 22, online su <https://epub.ub.uni-muenchen.de/21036/1/4Polit.3455.pdf>.

³ H. Jahrreiß, *Demokratie, Selbstbewusstsein – Selbstgefährdung – Selbstschutz. Zur deutsche Verfassungsgeschichte seit 1945*, in Aa. Vv., *Festschrift für Richard Thoma zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1950, p. 88 ss.

l'ordinamento costituzionale tedesco come uno «stato di diritto repubblicano, democratico e sociale»), sia accompagnato dal un costante richiamo da parte del Tribunale costituzionale e, persino, nelle varie relazioni accompagnatorie ai progetti di legge.

I *report* sullo stato di diritto 2020 e 2021 sono dunque presumibilmente figli di questa esigenza e hanno come scopo, attraverso la profilazione di una cartografia dello stato di diritto nei Paesi membri dell'Unione europea, quello di *prendere le misure*, iniziare cioè a definire i parametri che dovranno permettere nel prossimo futuro un'omogeneizzazione del quadro interpretativo sulla *rule of law* e forse, col tempo, impostare un eventuale intervento *militante* di protezione ideologica dello stato di diritto comunitario, proprio sulla scorta del modello tedesco di *streitbare Demokratie*.

L'insieme di questi report rappresenta, così, una sorta di *albo fotografico* che, con cadenza annuale, si propone di effettuare la più ampia ricognizione empirica che oggi sia mai stata realizzata sull'argomento in termini comparati. Al di là dei giudizi sul merito e sul metodo utilizzato, si tratta di un patrimonio di conoscenze particolarmente utile a permettere tanto di valutare lo stato di salute dei Paesi membri dell'Unione – e quindi dell'Unione europea nel suo complesso – quanto di comprendere le dinamiche inter-ordinamentali che si vanno creando all'interno dell'Unione.

«Popoli d'Europa, vigilate su ciò che avete di più caro!», recitava un vecchio motto guglielmino; una sollecitazione all'unità da ricercarsi in un fondamento comune. Ad oggi tale invocazione, bonificata del vago senso imperialistico che le deriva dal contesto in cui è stata espressa⁴, ben si presta a descrivere il nuovo corso inaugurato dalla Commissione europea e l'aspirazione che ne consegue a indagare una personale idea di *limes*, di frontiera invalicabile che segni il proprio ordine delle cose.

Il presente contributo vuole provare a sottolineare questi profili attraverso un'esegesi dei primi due report, quelli 2020 e 2021, che riguardano la Germania.

Delle quattro macroaree analizzate nei report in riferimento al rispetto della *rule of law* – sistema giudiziario, quadro anticorruzione, libertà e pluralismo dei media; sistemi di bilanciamento dei poteri istituzionali/garanzie fondamentali – nel presente contributo si

⁴ «*Völker Europas, wahr(e)t Eure heiligsten Güter*» nasce come il titolo di un dipinto dal pittore Hermann Knackfuß su disegno dell'imperatore Guglielmo II nel 1895, come regalo allo zar russo Nicola II. Il quadro raffigura l'arcangelo Michele, patrono della Germania, circondato da figure femminili simili a Valchirie, allegorie delle principali nazioni europee. Sul fondo la figura di Buddha che avanza tra le fiamme. Un appello all'unità europea contro il c.d. Pericolo Giallo.

prenderanno in considerazione la prima, la seconda e l'ultima. E all'interno di ognuna di esse si è scelto di concentrarsi su tre temi che, per importanza e attualità, richiedono un approfondimento particolare.

2. Il problema dell'indipendenza esterna dei magistrati.

In seno al primo grande ambito esaminato dai report, quello che concerne il sistema giurisdizionale, la Commissione prende in considerazione numerosi profili che vanno dalle questioni che riguardano la digitalizzazione del sistema giudiziario (entro il 2026 si assume che Tribunali e Procure riusciranno a tenere i fascicoli giudiziari e procedurali esclusivamente sotto forma di file elettronici), alla disparità territoriale di trattamento retributivo dei magistrati⁵, fino al problema che riguarda la lenta ma costante perdita di efficienza nell'esaurimento dei carichi pendenti⁶.

Ma l'aspetto certamente più interessante riguarda il profilo dell'autonomia del sistema giustizia dal potere esecutivo. L'ordinamento tedesco, pur rappresentando nella prassi indubitabilmente un sistema democratico consolidato e stabile, non è dotato di quegli organi e di quegli istituti tipicamente preordinati a garantire l'indipendenza della magistratura; all'assenza di un vero e proprio organo di autogoverno, si aggiunge così la facoltà/diritto per i ministri della Giustizia di impartire istruzioni (*Weisungen*) ai pubblici ministeri sui singoli casi da questi trattati.

Si tratta di due questioni strettamente connesse e che traggono ragion d'essere dalle medesime motivazioni storico-istituzionali.

⁵ Motivo che rischia, a parere degli estensori, di non attrarre laureati di qualità (e quindi di minare la competitività tra comparto pubblico e comparto privato della giustizia) e di penalizzare i *Länder* che offrono le remunerazioni meno appetibili. In tal senso, la Germania sembra avere già assicurato, attraverso un aumento di organico di almeno 2000 unità, un intervento perequativo delle risorse tra i *Länder*. Cfr. il § 5 del Beitrag der Bundesregierung zum erste Bericht der Kommission über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der EU und ihren Mitgliedstaaten, 4 maggio 2020, online su <https://www.eu2020.de/blob/2403440/b8e86cb5c6a5672b1a06842a07f762f6/10-10-pdf-rechtsstaatlichkeit-en-data.pdf>. Cfr. Il Report 2021 – Germania, 4 ss., online si https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2021_rorl_country_chapter_germany_en.pdf.

⁶ Sotto il profilo dell'efficienza, sebbene il sistema giudiziario tedesco sia risultato funzionare in modo per lo più soddisfacente, alcuni indicatori segnalano un deterioramento generale del procedimento di ricambio delle cause. A partire dal 2012 la durata dei procedimenti di primo grado nei contenziosi civili e commerciali è in crescita. Secondo i dati, il tempo stimato per la loro definizione è aumentato da circa 183 giorni (2012) a circa 220 giorni (2018) v. Commissione europea, *Quadro di valutazione UE sulla giustizia* - 2020, Grafico 5, testo in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0306&from=DE>.

Il sistema istituzionale prussiano era fondato su una amministrazione rigidamente piramidale e gerarchica al vertice della quale vi era il Sovrano e di cui la magistratura non costituiva che un corpo burocratico specializzato⁷. Per questa ragione l'autonomia assunta dalla magistratura fin dall'epoca federiciana nei confronti degli altri poteri dello Stato (“*ci sarà ben un giudice a Berlino...*”) non si è mai caratterizzata sotto il profilo organizzativo, quanto piuttosto sotto quello funzionale; tale approccio - che si potrebbe definire a *modello burocratico* in quanto imperniato sul ruolo centrale riconosciuto ai Ministeri⁸ - riserva al singolo Ministro della giustizia la responsabilità della generale amministrazione del sistema giudiziario e lascia alla prassi – ovvero all'attività pratica di alcuni organi di collegamento – l'incombenza di trovare i necessari compromessi tra politica e magistratura per il coordinamento delle quotidiane attività della giurisdizione⁹.

Nonostante l'indipendenza dei giudici sia stata riconosciuta dal *Grundgesetz* e costituisca un cardine dell'ordinamento (artt. 97 e 98 GG)¹⁰, l'attuale statuto della magistratura (requirente e giudicante) in Germania risale ancora alle cd. leggi di coordinamento del 1934 e alla legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz – GVG*) del 1950.

Vale ricordare che, in ragione dell'ordinamento federale, l'amministrazione della giustizia compete in massima parte ai *Länder*¹¹, che hanno un proprio sistema giudiziario ed

⁷ Adolf Leonhardt (1815-1880), Ministro della giustizia prussiano, soleva affermare: «fintanto che io deciderò chi promuovere, sono contento di lasciare ai giudici la loro cosiddetta indipendenza» (riportato in G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1935, pp. 646-652).

⁸ Cfr. P. Carrozza, (voce) Corti, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, p. 430 ss.; v. altresì la parte dedicata ai modelli di ordinamenti giudiziari in A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1995, spec. pp. 212 e 216, laddove l'A. sottolinea “la mancanza di indipendenza [della pubblica accusa] nei confronti dei superiori gerarchici e, in definitiva, del ministro della giustizia”.

⁹ Cfr. H.J. Papier, *Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken*, in *NJW*, 2001, pp. 1089-1094; B. Brunn, *Richterliche Unabhængigkeit und ihre Gefaehrdung durch (die Art und Weise von) Befoerderungen*, in *Bettriff Justiz*, n. 81/2005, testo in http://bettriffjustiz.de/wp-content/uploads/texte/Brunn_richterl_unabh.pdf. Sui limiti all'indipendenza dei giudici, v. anche P. Terry, *Judicial Independence in Germany*, in *ESU Institute Review*, n. 2, 2015, pp. 33-36.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 97 commi 1 e 2 e dell'art. 98 GG (principio di indipendenza della giurisdizione), è previsto che la rimozione dall'incarico o il trasferimento ad altra sede di un magistrato possa avvenire solo a seguito di specifico procedimento giudiziario.

¹¹ I giudici federali, secondo gli ultimi dati, sono circa 324 e sono ripartiti tra gli 9 tribunali federali (*Bundesverfassungsgericht*, *Bundesgerichtshof*, *Bundesfinanzhof*, *Bundesverwaltungsgericht*, *Bundesarbeitsgericht*, *Bundessozialgericht* e *Bundespatentgericht*). Cfr. Deutscher Bundestag, *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Jan Korte, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Drucksache 18/832 –* testo su <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/010/1801027.pdf>. Gli altri 21.340 giudici tedeschi prestano servizio nella giustizia statale. Cfr. Bundesamt für Justiz, *Personalbestand e Richterstatistik* (aggiornato al 31 dicembre 2018), su https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal_node.html.

organizzano tanto la formazione dei magistrati (comune a quella degli avvocati e dei notai), quanto il loro reclutamento e la loro carriera.

2.1. La mancanza di un organo di autogoverno: il problema delle nomine e delle sanzioni disciplinari.

La *joint venture* tra ministri della giustizia e organi rappresentativi della magistratura, che pur nata in seno ad una buona prassi non manca di una certa istituzionalizzazione¹², è ravvisabile specialmente per quelle attività considerate tipicamente *interna corporis* dell'organizzazione giudiziaria: le nomine, i trasferimenti e i procedimenti disciplinari¹³. Tuttavia, per comprendere l'impatto di questa anomalia, è necessario tenere conto delle reali dinamiche di funzionamento del galateo istituzionale e del contesto in cui essa si inserisce. Esemplicativi sono il sistema delle nomine e quello delle sanzioni disciplinari.

a) Per quanto riguarda le nomine dei magistrati (ricomprendendosi in tale definizione sia i giudici che i pubblici ministeri), la disciplina differisce – talvolta anche in maniera sostanziale – non solo tra il livello federale e quello statale, ma anche tra i diversi *Länder*. In linea generale, anche se il potere di designare i magistrati è quasi sempre formalmente in capo al Ministro della giustizia, le diverse ed assai eterogenee soluzioni adottate comportano, nella maggior parte dei casi, l'adozione di un modello incentrato sui *Richterwahlausschüsse*¹⁴. Si tratta di comitati misti di membri nominati dal ministro della giustizia e dalle rappresentanze dei giudici. Più precisamente:

¹² In ogni *Land*, in seno alle Corti d'Appello (*Oberlandesgerichte*) è presente (almeno) un *Präsidialrat* (Consiglio presidiale), competente a decidere sui procedimenti riguardanti la selezione e lo *status* giuridico dei magistrati (trasferimenti e promozioni comprese) nei modi che vedremo a breve; presso i Tribunali di ogni grado è inoltre istituito, a norma dei §§ 21a - 21e del *Gerichtsverfassungsgesetz*, un *Präsidium*, composto dal Presidente del singolo tribunale e da un certo numero di membri eletti dai giudici del rispettivo tribunale. Ad esso è riservata la scelta del giudice competente per ogni causa, in base a criteri astratti e predeterminati, e la scelta dei criteri astratti per la ripartizione delle cause fra le sezioni. Vi è infine, presso ogni livello dei tribunali ordinari e amministrativi, un *Richterrat* (Consiglio di giudici) con funzioni meramente consultive, per gli affari sociali, organizzativi o amministrativi come, ad esempio, l'arredamento delle stanze, l'organizzazione di convegni, di gite, ecc.

¹³ L'apertura dei procedimenti disciplinari è affidata al Presidente della Corte d'Appello competente, mentre il relativo giudizio è affidato, ai sensi degli artt. 61-68 e 77-84 della legge sui giudici, ad una corte disciplinare *ad hoc*, il cd. *Richterdienstgericht*). Cfr. International Association of Judges, *What the Situation for Justice in Europe*, 2014, § 1.4.2. testo in http://www.ekou.ee/doc/2015-04-13_Report-Situation-of-Justice-in-Europe-2014.pdf.

¹⁴ Secondo F. Wittreck, *German Judicial Self-Government - Institutions and Constraints*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 7/2018, pp. 1931-1950.

- per quanto riguarda la nomina dei magistrati federali, ai sensi del combinato disposto tra art. 95 GG e §§ 8 e ss. del *Richterwahlgesetz*, il modello del *Richterwahlausschuss* costituisce il sistema standard per la selezione di tutti i magistrati federali, con l'eccezione del Tribunale costituzionale federale, la cui nomina è interamente rimessa alle due Camere del Parlamento tedesco. Il comitato di elezione dei giudici federali è composto per metà da sedici membri eletti dal *Bundestag* e per l'altra metà dai sedici ministri della Giustizia dei *Länder*, mentre nessun giudice, se in carica, può prendere parte alle nomine¹⁵. Le proposte di candidatura dei giudici federali che si intendono eleggere possono provenire tanto dal Ministero federale competente per materia quanto dalla componente parlamentare e l'elezione si svolge a scrutinio segreto. Il sistema di nomina dei Tribunali federali non ha mancato di sollevare obiezioni, soprattutto sotto il profilo della non trasparenza della procedura di selezione, dell'assoluta mancanza di pubblicità delle candidature (che spesso sono scelte *de facto* nei vari Ministeri dei *Länder*) e persino dell'influenza dei partiti¹⁶.
- La procedura di selezione dei giudici statali, invece, è strutturata variamente nei diversi *Länder*: in alcuni casi la selezione è effettuata direttamente da organi di rappresentanza della giustizia (*Präsidalräte*), istituiti in seno alle singole Corti d'Appello (*Oberlandersgerichte*)¹⁷; si tratta di comitati misti composte (almeno per la metà) da giudici e da delegati del Ministero/Dipartimento della Giustizia competente (art. 74 DRiG). In altri casi la nomina è in capo al Ministro della Giustizia di concerto con la Procura generale e l'*Oberlandesgericht*¹⁸; in altri ancora ad un organo di nomina politica, presieduto dal Ministro della Giustizia¹⁹. In più della metà degli Stati, tuttavia, si è scelto di usufruire dell'opzione costituzionale di istituire il modello del

¹⁵ Cfr. J-F. Staats, *Richterwahlgesetz*, 2003, § 4, Rn. 3, richiamato da Deutscher Bundestag, *Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland* (WD 7 - 3000 - 098/17) del 27 luglio 2017, online su <https://www.bundestag.de/resource/blob/526458/fd60a319fbbde8e8813708f0b199d9ce/wd-7-098-17-pdf-data.pdf>.

¹⁶ Cfr. K.F. Gärditz, *Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl?*, in ZBR, n. 10/2015, p. 325 ss.

¹⁷ Così, ad esempio, in Nordreno-Vestfalia. Deutscher Bundestag, *Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland*, cit., p. 5.

¹⁸ Così in Bassa Sassonia. *Ibidem*.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 85 comma 2 della Costituzione della Turingia, «il Ministro della Giustizia decide sulla nomina temporanea dei giudici e sulla loro nomina a vita con il *consenso* del Comitato di selezione giudiziaria (*Richterwahlausschuss*). Due terzi dei membri del Comitato di selezione giudiziaria sono eletti a maggioranza dei due terzi del Parlamento del *Land*». Un procedimento ancora più centralizzato vige in Baviera, dove la nomina è formalmente e sostanzialmente in capo al Dipartimento della Giustizia, senza il coinvolgimento di alcun *Richterwahlausschuss*.

*Richterwahlausschuss*²⁰. L'articolo 98, comma 4, GG permette infatti ai *Länder* di stabilire che il Ministro della giustizia decida congiuntamente ad un comitato composto di giudici, in modo da contemperare il principio della legittimazione democratica con quello dell'indipendenza esterna del potere giudiziario. Anche se la disposizione costituzionale nulla dice in merito alla provenienza dei membri laici così come alla proporzione tra membri togati e non togati, in seno a questi comitati, di regola, i membri delle commissioni di selezione giudiziaria sono membri dei rispettivi parlamenti statali nonché rappresentanti di alcune professioni: in particolare giudici, ma anche avvocati e docenti universitari²¹, solo raramente sono anche membri dei governi statali²². La scelta dei giudici avviene sostanzialmente attraverso colloqui individuali e la valutazione dei titoli, nel rispetto di alcuni fondamentali principi, tra cui quello del merito (*Leistungsprinzip*).

b) Per quanto riguarda le misure disciplinari, queste possono essere applicate nel contesto di procedimenti formali da parte di tribunali disciplinari: si tratta dei *Dienstgerichte des Bundes* per i giudici federali e dei *Dienstgericht der Länder* per quelli degli Stati federati²³; entrambi questi organi sono costituiti da collegi speciali di giudici in seno ai Tribunali ordinari. I membri di tali collegi sono nominati, a loro volta, da organi territoriali di rappresentanza dei giudici (i *Präsidium*) costituiti in seno ad ogni Tribunale, sia esso di livello federale (*Bundesgerichtshof*) oppure statale (in questo caso, il rispettivo *Oberlandesgericht* e *Landesgericht*). Misure disciplinari meno severe, quali l'ammonizione, possono essere emesse, tanto a livello di *Land* quanto a livello federale, tramite un'ordinanza disciplinare dal presidente di un tribunale o direttamente dal Ministro della giustizia²⁴.

2.2. I poteri direttivi dell'esecutivo sulla magistratura requirente.

²⁰ Tra *Länder* che hanno adottato questo secondo modello troviamo il Baden-Württemberg, Berlino, il Brandeburgo, Brema, Amburgo, l'Hessen, il Rheinland-Pfalz e lo Schleswig-Holstein. Cfr. Deutscher Bundestag, *Auswahl und Wahl von Richtern in Deutschland*, cit.

²¹ Cfr. S. Detterbeck, *Art. 98 - Rechtstellung der Richter*, in M. Sachs (a cura di), *GG Kommentar*, Beck, 2021, p. 1828 ss.

²² È il caso del *Land* di Brema: cfr. § 8 Bremisches Richtergesetz.

²³ Art. 63 del GVG per i giudici federali e le normative equivalenti emanate a livello statale

²⁴ Art. 64 del GVG per i giudici federali e le disposizioni equivalenti a livello di *Land*. Cfr. Commissione europea, *Quadro di valutazione UE della giustizia 2020*, p. 51 ss.

Ma l'aspetto più critico riguarda gli stretti vincoli gerarchici che, almeno sulla carta, legano la magistratura al potere esecutivo, in particolare laddove il principio di indipendenza esterna sia costretto a declinarsi alla luce di un generale principio giuridico-organizzativo di derivazione prussiana che vuole le procure sottoposte all'esecutivo²⁵. La facoltà di controllo e di direzione del Ministro della giustizia, ai sensi degli artt. 146 e 147, primo e secondo comma del *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), comprende la facoltà (che si presenta propriamente come un *diritto*) di impartire istruzioni (*Weisungsrecht*) al rispettivo procuratore generale in merito alla conduzione delle indagini. In linea teorica il diritto includerebbe sia istruzioni in casi individuali (come, ad esempio, l'ordine di astenersi da un'indagine o dalla richiesta di applicazione di misure penali nei confronti di una persona specifica), sia istruzioni generali (come, ad esempio, astenersi dal perseguire una politica punitiva nei confronti dei detentori di piccole quantità di stupefacenti).

Anche in questo caso è d'uopo una lettura organica dell'istituto alla luce dei principi e delle prassi che informano questo rapporto gerarchico tra magistratura requirente e vertici del potere amministrativo.

Pur non esistendo statistiche sul numero di indicazioni impartite dagli esecutivi, come emerge dai pareri resi dalle associazioni di categoria, e, in particolare dalla *Bundesrechtsanwaltskammer*²⁶, sembra che i casi in cui sono state riscontrate istruzioni siano assai rari e, comunque, sempre accompagnati da una serie di guarentigie volte a disinnescare la carica potenzialmente esplosiva di questa disposizione. Oltre che dalle generali garanzie dei principi di legalità (*Legalitätsgrundsatz*) e di stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*), che precluderebbero al Ministro di interpretare in modo attivo ed invasivo le proprie prerogative, un ulteriore argine è assicurato da una serie di atti di carattere subnormativo: numerosi regolamenti e linee guida che, tanto a livello federale quanto statale, sono finalizzate a regolare, arginare o persino a impedire il potere direttivo

²⁵ Il suo primo esplicito riconoscimento è rintracciabile Enel *Gerichtsverfassungsgesetz* del 1879 laddove si sanciva letteralmente che “i funzionari della procura (*die Beamten der Staatsanwaltschaft*) devono rispettare le istruzioni ufficiali dei propri superiori”, riconoscendo così il carattere amministrativo dei magistrati inquirenti, la loro posizione di apparato amministrativo della burocrazia dello Stato.

²⁶ Una sorta di Ordine Nazionale degli Avvocati. Il contenuto del parere della *Bundesrechtsanwaltskammer* è rinvenibile in <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2021/april/stellungnahme-der-brak-2021-31.pdf>; Cfr. In proposito anche il comunicato stampa della Corte di Giustizia su <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-05/cp190068de.pdf>.

dell'esecutivo. Così, ad esempio, in Sassonia e in Turingia gli esecutivi si sono impegnati a limitare, anche in astratto, l'esercizio di tale facoltà; nel Nordreno-Vestfalia e nella Bassa Sassonia, i ministeri della giustizia a farlo soltanto in casi eccezionali.

Lo scandalo consumato nel 2015 a seguito del cosiddetto *caso Netzpolitik.org*, che ha coinvolto il Ministro della Giustizia, Heiko Maas, e il procuratore generale federale Harald Range, ha rappresentato forse il caso più eclatante di conflitto tra i due poteri dello Stato²⁷. Ad ogni modo, la facoltà-diritto di impartire istruzioni è generalmente sottoposta al rispetto di almeno altre tre condizioni formali alternative o cumulative: le istruzioni devono essere in forma scritta (così in Nordreno-Vestfalia, Turingia, Bassa Sassonia), devono essere motivate (Turingia) e devono essere trasmesse al Presidente del *Landtag* di riferimento per sottoporle al controllo parlamentare (Schleswig-Holstein). Inoltre, sia livello di *Land* sia di federazione, le istruzioni di un funzionario gerarchicamente superiore sono considerate vincolanti soltanto nell'ambito del rapporto di lavoro interno del pubblico ministero e gli atti che violano le istruzioni rimangono efficaci. Per regola generale i pubblici ministeri non devono mai attenersi alle istruzioni se tali atti costituiscono potenzialmente un delitto, un illecito amministrativo o comportano il rischio di violazione della dignità umana²⁸.

La rigida struttura gerarchica interna e il rapporto di dipendenza funzionale con il Ministro della giustizia del *Land* di appartenenza non sembra comunque aver impedito al sistema

²⁷ Il Ministro fu accusato dal Procuratore generale di pressioni per interrompere gli atti istruttori di indagine nei confronti di due giornalisti del blog di politica Netzpolitik.org, all'epoca sotto indagine per tradimento e rivelazione di segreto. I due giornalisti erano accusati di aver pubblicato sul blog materiale altamente riservato che dimostrava un'espansione delle attività dell'Ufficio federale per la protezione della Costituzione nel settore dei social media. Il Ministro della Giustizia, attraverso la segretaria di Stato, Stefanie Hubig, avrebbe ordinato la sospensione temporanea dell'indagine e, in particolare, della commissione di esperti che doveva procedere ad una perizia, perché ritenuta "politicamente inopportuna" e perché «rischiava di corroborare l'iniziale accusa di tradimento» (Comunicato stampa del procuratore generale Harald Range del 4 agosto 2015). Maas, replicava che non era a conoscenza delle conclusioni incriminanti raggiunte dagli esperti e ordinava il pensionamento anticipato del procuratore. Alle interrogazioni parlamentari dell'opposizione, il Governo rispondeva non esserci stato nessun coinvolgimento del Ministero della Giustizia federale. Tuttavia, le dichiarazioni di Range sono state corroborate dal *Generalbundesanwalt*. La procura di Berlino, nel marzo 2016, apriva così un'indagine nei confronti del Ministro Maas e, pur confermando la versione di Range, archiviava qualche mese dopo l'indagine perché il fatto (nella specie, ostruzione alla giustizia) non avrebbe costituito reato.

²⁸ È previsto anche una sorta di "dovere di resistenza" in capo ai singoli procuratori nel caso in cui le istruzioni siano illecite. In caso di dubbio, il pubblico ministero può obiettare e chiedere che le istruzioni siano esaminate dal proprio superiore in linea gerarchica. Se le istruzioni sono confermate, ma il pubblico ministero continua ad avere dubbi sulla loro legittimità, quest'ultimo può chiedere al funzionario di grado ancora superiore che le esamini. Se le istruzioni sono nuovamente confermate, il pubblico ministero deve seguirle e non viene meno ai suoi doveri anche laddove queste siano illegali. Cfr. Commissione europea, *Quadro di valutazione UE sulla giustizia*, cit., Grafico 55, testo in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0306&from=DE>.

tedesco di dare buona prova di sé, anche grazie ai sopra elencati elementi di temperamento dei vincoli di subordinazione²⁹; non vanno tuttavia trascurate quelle voci critiche – tra cui quelle delle tre maggiori organizzazioni professionali dei magistrati tedesche (la *Deutscher Richterbund*, i Magistrati Verdi e la *Neue Richtervereinigung*) – che invocano la necessità di una riforma formale dell'amministrazione e della gestione della giustizia che introduca un Consiglio di giustizia per i giudici formato da soli togati³⁰.

A seguito di una manifesta censura da parte della Corte di giustizia nel 2019, assunta nel corso di una decisione riguardante il mandato d'arresto europeo³¹, il tema dell'autonomia funzionale della magistratura requirente è ritornato oggetto dei dibattiti, anche parlamentari: nel maggio e nel giugno 2020 sono state presentate due proposte di legge a firma, rispettivamente, di liberali (FDP) e Verdi (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), entrambe volte a separare le procure dagli uffici dell'esecutivo e, in particolare, a sottrarre ai ministri della Giustizia la competenza a impartire istruzioni ai pubblici ministeri in merito a singoli casi. Le proposte, pur calendarizzate, sono state respinte.

3. Corruzione e trasparenza: la recente riforma della normativa sul lobbismo.

Il secondo grande tema di interesse dei due report riguarda la lotta alla corruzione e l'impegno a rafforzare il principio di trasparenza amministrativa e legislativa. La Germania dispone di un quadro istituzionale organico per la lotta alla corruzione che anche la Commissione europea definisce come *esaustivo* e che è integrato sia da disposizioni

²⁹ Di questo parere, tra gli altri, A. Seibert-Fort, *Judicial Independence in Germany*, in A. Seibert-Fohr (a cura di), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 447-565.

³⁰ La potenziale criticità dell'attuale organizzazione del sistema tedesco era stata intuita, fin dal dopoguerra, da H. Prantl, *Die Entfesselung der dritten Gewalt*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR), n. 78/1953, p. 49 ss., testo anche in <http://www.gewaltenteilung.de/tag/die-entfesselung-der-dritten-gewalt>. Ad oggi, per un sunto dei dibattiti tedeschi sul tema, cfr. H.E. Böttcher, *Un Consiglio Superiore della Magistratura in Germania - rinviato alle calende greche?*, in *Questione Giustizia*, maggio 2014, testo in http://www.questionegiustizia.it/articolo/un-consiglio-superiore-della-magistratura-in-germania-rinviato-alle-calende-greche_29-05-2014.php.

³¹ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 27 maggio 2019, O.G. e P.I., cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, in tema di mandato d'arresto europeo. Per un commento, v. F. Guella, *Indipendenza "concreta ma in astratto" dell'ufficio di procura: la separazione tra politica e magistratura quale prerequisite di leale cooperazione nel mandato d'arresto europeo*, in *DPCE online*, n. 3/2019, pp. 2237-2246.

regolamentari a livello federale e statale, sia da buone prassi³².

Tra i maggiori aspetti di criticità si riscontra il crescente ruolo dei gruppi di pressione nel procedimento decisionale, che anche la Commissione ha individuato come uno degli ambiti di un urgente intervento del legislatore.

In verità, il ricorso ai pareri esterni di lobbisti e di esperti (i cui rispettivi confini sono sempre più sottili) non ha mai comportato, di per sé, un indebolimento della trasparenza decisionale da parte del potere legislativo ed esecutivo tedesco; basti pensare al c.d. *wissenschaftlicher Beirat* (comitato scientifico), organo che ha costantemente accompagnato l'attività della maggior parte dei ministri nel corso degli anni. Anche per il grado di specificità e di complessità delle materie oggetto di legislazione, si mostra sempre più necessario il ricorso alle c.d. *externe Sachverständige*, i pareri e gli apporti esterni alla struttura istituzionale. Storicamente, il generale orientamento della dottrina pubblicistica tedesca nei confronti del fenomeno lobbistico ha sempre teso a sottolinearne la criticità più in termini di potenziale *impigritimento* del Parlamento e di deriva oligopolista dei partiti, che di mancanza di trasparenza e pericolo di corruzione³³. Sulla scorta dell'esperienza europea, il lobbismo è stato pertanto sempre inquadrato nella prospettiva del sussidio legislativo piuttosto che in quella, pur esistente, dello scambio (acquisto di voti) o della persuasione (segnalazione delle materie e del contenuto su cui intervenire)³⁴.

³² Accanto alla Direttiva sulla prevenzione della corruzione nell'amministrazione federale, che fornisce il quadro giuridico a livello federale, si trovano numerose linee guida a livello ministeriale. Come ricorda la Commissione, l'attuazione della direttiva è monitorata da diversi organismi, tra cui un'Unità in seno al ministero federale dell'Interno e da un ufficio della Corte dei conti federale. Inoltre, la definizione di reati di corruzione è ampia e, in particolare, la responsabilità penale può scattare con la semplice accettazione di doni. Cfr. Comm. europea, Relazione sullo Stato di diritto 2020 - Germania, spec. 7.

³³ Sulla relazione tra potere rappresentativo e potere "silenzioso" delle *lobbies* si veda, in dottrina, il contributo critico di T. Leif, *Lobbyismus und Transparenz*, in H.H. von Arnim (a cura di), *Transparenz contra Geheimhaltung in Staat, Verwaltung und Wirtschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 59-80, spec. p. 60. Ne dà conto anche K. von Lewinsky, *Gesetzesverfasser und Gesetzgeber, Outsourcing und fertige Produkte im Normsetzungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2015, spec. p. 35 ss. Come già evidenziato anche von Lewinsky sostiene che l'intervento delle *lobbies* nel processo decisionale, da un punto di vista costituzionale, sia un concetto di per sé neutro e che sia solo il suo eccessivo utilizzo a porre alcuni problemi di carattere sistemico-generale: il rischio è quello di far perdere al Parlamento non tanto le competenze formali, quanto quelle reali, cioè che la capacità di legiferare autonomamente su tematiche specifiche e pertanto determinare uno scostamento dalla volontà popolare. È solo a tal fine che l'A., pur non ravvisando alcun limite predeterminato all'intervento delle *lobbies*, ne auspica una più incisiva regolamentazione.

³⁴ Per quanto concerne il panorama europeo e l'influenza esercitata dalla disciplina comunitaria in materia di lobbismo, si v. S. Sassi, *La trasparenza a presidio del processo legislativo europeo. Qualche considerazione in margine alla regolamentazione delle lobbies*, in A. Di Gregorio e L. Musselli (a cura di), *Democrazia, lobbying e processo decisionale*, Milano, 2015, pp. 101-118. Più recentemente, *Id.*, *La regolamentazione della rappresentanza di interessi nell'Unione europea. Le (timide) novità introdotte dal nuovo accordo interistituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. 1/2019, pp. 49-60.

Questa posizione è stata parzialmente smentita dai recentissimi scandali che hanno investito due deputati della CDU/CSU, Nußlein e Löbel³⁵ e che hanno mostrato la fragilità del – pur naturale – connubio tra interessi diffusi e politica, nella misura in cui questi contatti siano lasciati alla mera prassi e non siano invece specificamente regolati da una disciplina improntata alla massima trasparenza. L'*affaire* Nußlein e Löbel ha rappresentato lo stimolo determinante per una modifica sostanziale della disciplina normativa del *lobbying*, già tentata nel passato, ma senza successo, dal gruppo *Die Linke*³⁶.

Ad oggi, dopo la modifica legislativa, l'ordinamento tedesco contempla tre strumenti per la regolazione del fenomeno del lobbismo.

Il primo è rappresentato dal decalogo di norme comportamentali contenuto nella c.d. legge sui deputati, tra cui un obbligo di comunicazione e rendicontazione di tutte le attività professionali aggiuntive rispetto al mandato (*Nebentätigkeiten*) e che sono rilevanti ai fini del mandato (§ 44a comma 4 e § 44b nn. 1 e 2).

Il secondo, previsto dal 2015, è il periodo di attesa obbligatorio (il c.d. *Karenzzeit*) per quei cancellieri, ministri e segretari di stato parlamentari che volessero passare dal settore pubblico a quello privato. Il periodo d'attesa è stabilito in 12 mesi, ma può essere elevato fino a diciotto mesi dalla data di cessazione del mandato. Della decisione è investito il Governo federale – supportato dal parere di un comitato indipendente – che può posticipare l'accettazione dell'impiego qualora ritenga vi possa essere il rischio di un pregiudizio per l'interesse pubblico³⁷.

Il terzo strumento è, come accennato, la recente legge sul lobbismo (approvata proprio a seguito dello scandalo sopra ricordato) che ha inteso creare un vero e proprio registro delle

³⁵ Due deputati del Bundestag, Georg Nußlein (CSU) e Nikolas Löbel (CDU), sono stati indagati dalla procura di Monaco per aver svolto attività di intermediazione tra aziende produttrici di mascherine, il Governo federale tedesco e quello bavarese, ricevendo in cambio (a titolo personale ed esentasse) alcune provvigioni. Il 25 febbraio il *Bundestag* revocava l'immunità parlamentare di Nußlein e qualche poco dopo anche quella di Löbel.

³⁶ Le riserve sulla sua proposta di *Die Linke* (BT-Drs. 18/3842, 2016) avanzata dalla *Commissione per le Elezioni, le Immunità e il Regolamento*, emerse nella seduta del 12 maggio 2016, riguardavano il possibile contrasto del principio di trasparenza (assolutizzato) con i principi democratici e con la rappresentanza degli interessi che, al contrario della trasparenza, è considerato un diritto fondamentale nel sistema tedesco. Problematica appariva anche la previsione di sanzioni in caso di non ottemperanza all'obbligo di iscrizione. Cfr. audizioni parlamentari del prof. U. Schliesky - Direttore dello *Schleswig-holsteinischer Landtag* e del prof. H. Sodan - *Freie Universität Berlin* in www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a01/anhoerungen/stellungnahmen/418862; e M. Morlok, U. Schliesky, D. Wiefelspuetz (a cura di), *Parlamentsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, § 5.

³⁷ Cfr. § 21 del *Beitrag der Bundesregierung zum ersten Bericht der Kommission über die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der EU und ihren Mitgliedstaaten*, cit., pp. 12-13.

attività dei gruppi di pressione, proprio nella direzione auspicata dal rapporto comunitario del 2020 e di cui ha preso atto il report 2021³⁸. La nuova legge, in vigore dal 1° gennaio 2022, si rivolge ai rappresentanti (siano essi persone fisiche o giuridiche) dei portatori di interessi che svolgono la loro opera di convincimento nei confronti delle istituzioni politiche tedesche, vale a dire nei confronti di quegli organi o quelle persone che hanno ruoli decisori nel *Bundestag* o nel Governo federale. L'accesso ai locali del *Bundestag* e la partecipazione al processo legislativo attraverso audizioni o proposte informali sono condizionati alla sottoscrizione di un codice di condotta e alla loro registrazione su un pubblico registro, in forza del quale i rappresentanti dei gruppi di interesse sono tenuti a condividere una serie di informazioni personali su loro stessi, sui propri clienti e sui compensi pattuiti. Non è stata accolta, invece, l'ipotesi di inserire il cd. *executiver Fussabdruck*, una sorta di *orma*, di *traccia* del *passaggio* dei gruppi di pressione sugli atti dell'esecutivo: questi ultimi, infatti, avrebbero dovuto contenere una specie di sezione dedicata agli apporti che, in fase istruttoria, avrebbero dato i gruppi di pressione alla redazione del testo giuridico, in modo da rivelare quali passaggi sono frutto dell'apporto dei lobbisti.

La nuova disciplina rivela l'importanza della triangolazione tra democraticità, rappresentanza politica e partecipazione e dimostra come il principio di trasparenza ricopra un ruolo chiave nella *governance* della rappresentanza degli interessi e come la regolamentazione del *lobbying*, anche in senso restrittivo, in realtà assuma in Germania una duplice, implicita configurazione: da una parte, essa costituisce il tacito riconoscimento della sua funzione inderogabile nel processo decisionale; dall'altra, ne esprime l'importanza in relazione allo spiegamento del principio pluralistico, pilastro del concetto di *rule of law*. Se è vero, come sembra, che ormai (e non solo in Germania) i procedimenti decisionali pubblici sono sempre più ispirati da un sistema di *governance by agreement* che privilegia decisioni condivise la cui adeguatezza è assicurata da un'ampia garanzia partecipatoria di privati e associazioni di settore³⁹, è viepiù importante prevedere una varietà di istituzioni e circuiti decisionali utili a canalizzarli e, allo stesso tempo, a

³⁸ La legge sostituisce il precedente Elenco pubblico dei gruppi di pressione (*Verbändeliste*) istituito nel 1972, ai sensi del regolamento interno del BT, presso l'Ufficio di Presidenza su base del tutto volontaria.

³⁹ S. Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Siviglia, 2012, spec. 32 ss. V. anche, per quanto riguarda il sempre più decisivo diritto transnazionale, S. Sassi, *Diritto transazionale e legittimazione democratica*, Padova, CEDAM, 2018, spec. p. 194 ss.

contemperarli a reciprocamente. Sintomatico di questo bisogno di garantire la partecipazione è il ripensamento della tradizionale partizione tra Stato e società. Se nella classica tradizione liberale la divisione era funzionale alla protezione della società civile da parte di possibili ingerenze dei poteri statuali, oggi vi è chi rovescia la prospettiva e intende la divisione come funzionale alla protezione dello Stato e al perseguimento dell'interesse pubblico da "dirottamenti" particolaristici ben raffigurato dal fenomeno del *cd. corporate take-over*.

4. *Rule of law* e Covid-19.

Se il terzo ambito di indagine dei report sulla *rule of law* – quello legato al pluralismo dei media – non presenta profili di particolare criticità o interesse per quanto riguarda la Germania⁴⁰, è il quarto ed ultimo profilo analizzato, quello sulla tenuta del quadro istituzionale, a costituire un aspetto di indubbio interesse. Un riferimento particolare, per attualità del tema ed estensione del suo impatto, va all'effettiva garanzia dei diritti fondamentali in costanza dell'emergenza pandemica da Covid-19, forse il vero banco di prova per lo stato di salute della *rule of law* nel Paese.

Sia il report 2020 che quello 2021 sostanzialmente promuovono la gestione tedesca della pandemia, riconoscendole il merito, a fronte della complessità di questa fase, di non aver alterato i diritti e le libertà costituzionali individuali⁴¹.

Non si tratta, in effetti, di un giudizio affrettato.

Durante la pandemia la Germania, pur non essendo riuscita a contenere la produzione della regolamentazione emergenziale derogatoria (circostanza su cui ha certamente influito in modo determinante la natura federale dello Stato tedesco), ha tuttavia di fatto conservato gli equilibri del sistema delle fonti e dei rapporti tra poteri e organi dello Stato. Si pensi, ad

⁴⁰ La libertà di stampa e di informazione (nella duplice declinazione di libertà di informare e di essere informati) sono garantite dall'art. 5 del GG. Il quadro è ulteriormente integrato dalle leggi sulla stampa e sui media emanate dai *Länder*, a cui spetta, ai sensi dell'art. 70 GG, la competenza a regolare la materia dell'informazione. Le emittenti radiofoniche e televisive private sono disciplinate dalle 14 diverse autorità di regolamentazione statali indipendenti (*Medienanstalten*), che sono responsabili della concessione delle licenze, dell'assegnazione delle frequenze e della vigilanza sulle emittenti radiotelevisive private e pubbliche (ARD e ZDF). Sotto questo aspetto il report si limita a evidenziare che l'ordinamento è dotato di garanzie efficaci per assicurare la limitazione del controllo formale e informale dei partiti politici sui media, così come per assicurare una corretta pubblicità politica.

⁴¹ Cfr. Report 2021 - Germania, cit., spec. p. 16 ss.

esempio, che la nuova legge per la prevenzione e il contrasto delle infezioni (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* o *Infektionsschutzgesetz* del 20 luglio 2000, modificata poi in costanza della emergenza il 17 marzo), nel delineare le funzioni ed i poteri attribuiti espressamente alle autorità competenti – vale a dire i *Länder* – e delle misure che esse possono intraprendere per contrastare la pandemia, qualifica espressamente, per ognuna di esse, le rispettive libertà che possono essere limitate⁴².

Il presidio più importante di legalità è stato, ancora una volta, il sistema giudiziario e, in particolare, le relativamente numerose pronunce del Tribunale costituzionale federale sulla (in)costituzionalità delle misure adottate dagli enti territoriali e dai *Länder*; attraverso provvedimenti ingiuntivi provvisori (*einstweilige Anordnungen*) attivati attraverso lo strumento del ricorso diretto di costituzionalità il Tribunale ha più volte obbligato le amministrazioni locali a riconsiderare alcune loro scelte concrete.

Infatti, se la giurisprudenza amministrativa – specialmente durante la cosiddetta *prima ondata* tra marzo e giugno 2020 – aveva mostrato livellarsi quasi acriticamente sulle posizioni dei vari esecutivi, l'attenzione dedicata dal *Bundesverfassungsgericht* a supervisionare il concreto bilanciamento di tutti gli interessi gioco ha permesso di conservare un nucleo delle libertà fondamentali più ampio rispetto a quello della maggior parte dei Paesi europei. Una direzione, questa, a cui si è lentamente uniformata anche la giurisprudenza amministrativa, man a mano che l'emergenza pandemica si prorogava, pur perdendo di intensità⁴³.

⁴² Si tratta, invero, di una clausola costituzionalmente necessaria, per disposto stesso del GG che al suo art. 19 comma 1 consente la compressione dei diritti fondamentali, da parte della legge o sulla base della legge, ma sempre e solo se espressamente individuati e nominati, a tal fine, dal legislatore e con indicazione dell'articolo che li consacra. Ciò consente che il sacrificio dei diritti sia ridotto al minimo necessario.

⁴³ Si pensi alle prime decisioni che ritenevano legittimi, ad esempio, le limitazioni al *jogging* (e dunque alla libertà di circolazione) anche in solitaria; successivamente si veda OVG Berlin-Brandenburg, 29 agosto 2020 – Az. 1 S 101.20 che, ritenendo illegittimo il divieto imposto dalla Polizia di Berlino, ha permesso che potesse avere luogo addirittura una manifestazione contro le misure Covid-19; Cfr. anche VGH Baden-Württemberg, 5 maggio 2020, Az. 1 S 1623/20, sul criterio indicativo per il numero consentito di clienti (20m² a persona compreso il personale), considerato probabilmente illegale; VGH Baden-Württemberg, 30 luglio 2020, Az. 1 S 2087/20 sull'obbligo incondizionato, per il personale di un macello, di sottoporsi a test (due volte alla settimana) giudicato sproporzionato; OVG Nordrhein-Westfalen, 08 settembre 2020 – Az. 13 20 902/20.NE, che ha ritenuto sproporzionata una chiusura totale e a tempo indeterminato delle case di appuntamento; VGH Bayern, 1 settembre 2020, Az. 20 CS 20.1962 che ha accolto un ricorso contro il divieto di consumo di alcool in spazi pubblici dopo le 23:00 emesso dal Comune di Monaco per frenare i casi di contagio Covid-19. Il Tribunale, pur ritenendo la misura, in linea di principio efficace e giustificabile, ha tutta via censurato che la sua portata fosse estesa indiscriminatamente a tutto il territorio cittadino e non ad alcuni *hotspot* della movida; VGH Hessen, ordinanza del 30 ottobre 2020 - 6 B 2621/20 dichiarava illegittimo, perché sproporzionato, l'atto amministrativo generale con il quale il Landkreis Marburg-Biedenkopf aveva

Pertanto, se da una parte la giurisprudenza ha quasi sempre confermato la validità dei provvedimenti regolamentari e, in astratto, delle misure amministrative adottate dagli esecutivi, dall'altra, molto spesso, non ha mancato di richiamarsi ad una loro applicazione ragionevole.

Le decisioni hanno riguardato nello specifico soprattutto tre ambiti di tutela: la libertà di riunione, la libertà di culto e libertà di circolazione. Fin dalle sue prime pronunce in tema, il Tribunale costituzionale federale ha optato per un sindacato scrupoloso delle ragioni di necessità prodotte dall'amministrazione per negare l'autorizzazione a svolgere manifestazioni, in particolare quelle che avevano ad oggetto la protesta contro le misure anti-pandemia⁴⁴, l'accesso ai luoghi di culto⁴⁵ e la ragionevolezza delle misure restrittive delle libertà, in particolare sul coprifuoco diurno⁴⁶.

Minimo comune denominatore della *ratio decidendi* in tutti questi casi è la mitigante opera di controllo sull'adeguatezza, sulla necessità e sul minor sacrificio alla base delle misure, volto al concreto bilanciamento tra i due pilastri della libera-democrazia, ovvero la tutela

prolungato la chiusura fino al 30 novembre 2020 delle attività di ristorazione; infine OVG Berlino-Brandeburgo, ordinanza del 16 ottobre 2020 - 11 S 88.20, sul c.d. divieto di pernottamento: nel caso il *Land* Brandeburgo aveva adottato, tra le varie misure profilattiche, il divieto per le strutture alberghiere di accettare ospiti provenienti da *Länder* dove il tasso di contagio fosse superiore a 50 su 100.000 abitanti. Il tribunale amministrativo di Berlino-Brandeburgo stabiliva che tale divieto fosse illegittimo e sospendeva provvisoriamente la sezione dell'ordinanza sul trattamento dei dati personali SARS-COV-2. La misura non sarebbe stata adeguata al contenimento del virus, dal momento che non vi sarebbe stata nessuna prova che gli hotel rappresentino focolai di contagio, al contrario essi avrebbero contenuto il virus meglio di altri luoghi dove le persone potrebbero comunque decidere di spostarsi senza il rispetto delle misure di igiene previste negli hotel.

⁴⁴ Cfr. BVerfG ordinanza della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvR 828/20 del 15 aprile 2020. Il caso originava, appunto, dalla negata autorizzazione a tenere una manifestazione contro le misure anti-pandemia a Gießen, in Assia. Nonostante l'organizzazione avesse assicurato il rispetto di tutte le misure di sicurezza personale (distanziamento, mascherine, numero massimo di partecipanti), l'amministrazione giudicava che ogni tipo di manifestazione comprese un immediato pregiudizio per l'ordine e la salute pubblica. Secondo i giudici di Karlsruhe: «la decisione [di non ammettere la manifestazione] non è conforme al parametro dato dall'art. 8, comma 1 GG [libertà di riunione] anche per il fatto che essa, nella parte in cui valuta la compatibilità della riunione con il § 1 della ordinanza dell'Assia, non è stata assunta in seguito a un sufficiente apprezzamento delle circostanze concrete del caso di specie» (§ 14 della ordinanza). Per una prima lettura della pronuncia, J. Fähmann, H. Aden e C. Artz, *Versammlungsfreiheit – auch in Krisenzeiten!*, 15 aprile 2020, in www.verfassungsblog.de. V. anche BVerfG, ordinanza della Prima Camera del Primo Senato - 1 BvQ 37/20 del 17 aprile 2020, in cui la Corte statuisce: «È vero che l'autorizzazione (alla manifestazione) rimane un atto discrezionale dell'Amministrazione, tuttavia dichiarare che non si può autorizzare una riunione perché non garantirebbe le condizioni di protezione contro l'infezione è un'affermazione insostenibile [...], dimostra che non si è tenuto adeguatamente conto delle circostanze specifiche di ogni singolo caso» (§ 24).

⁴⁵ *Ex multis*, BVerfG ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato - 1 BvQ 44/20 del 29 aprile 2020; per la traduzione italiana del comunicato stampa, si v. <https://drive.google.com/file/d/1WY7rerxbAMyGvm7xXv4GltPBFFtEmIYd/view?usp=sharing>.

⁴⁶ BVerfG ordinanza della Terza Camera del Primo Senato 1 BvR 1027/20 del 12 maggio 2020; BVerfG ordinanza della Prima Camera del Primo Senato 1 BVQ 1021/20 del 13 maggio 2020.

degli spazi di libertà individuale e il benessere collettivo richiesto dal principio di solidarietà⁴⁷.

In questa ottica l'ordinamento tedesco, tanto nelle scelte normative quanto nelle pronunce giurisprudenziali, è apparso orientato a *normalizzare l'emergenza*, nel senso di limitare, per quanto possibile, i suoi aspetti di eccezionalità.

5. *Wertordnung e rule of economy* come fattori di dilatazione delle categorie classiche dello stato di diritto.

Volendo, in conclusione, tirare le somme di questo nuovo strumento comunitario di valutazione e controllo sull'effettivo rispetto della *rule of law* nell'Unione, alla luce dell'analisi compiuta sul caso tedesco, pare utile sottolineare alcuni profili, anche di carattere metodologico.

Il rapporto dell'UE, almeno per la Germania, non fornisce molte linee guida concrete per un possibile miglioramento dei punti giudicati problematici, come quello che riguarda, ad esempio, l'indipendenza dei pubblici ministeri. Ed anzi, in proposito, si limita a ricordare che non esiste un modello uniforme in Europa e a sottolineare l'ovvio: l'importanza di mantenere le garanzie istituzionali per assicurare che la pubblica accusa possa operare in modo sufficientemente indipendente, libera indebite pressioni politiche.

Per quanto il format della relazione prenda in considerazione pochi profili, non manca di una certa superficialità di analisi; allo stesso tempo, la presenza di alcuni *vulnus* legati alla scelta di non trattare tutti i profili tradizionalmente connessi con la nozione di *rule of law* e un'impostazione quasi oleografica della trattazione, in tipico stile degli atti comunitari, non si può negare che la relazione rappresenti una fonte interessante e ricca di spunti per una ricognizione generale sulle tematiche più attuali che coinvolgono la *rule of law*.

Data l'impossibilità o, comunque, la grande difficoltà di utilizzare gli strumenti di coercizione che l'ordinamento pur mette a disposizione dell'Unione per sanzionare gli Stati inadempienti – dalla *opzione nucleare* rappresentata dalla procedura di infrazione (art. 7

⁴⁷ Sul merito dei casi e l'impostazione generale delle corti, in particolare quella costituzionale federale, si consenta un rinvio ad A. Gatti, *Per un'emergenza "ragionevole": l'opera mitigante della giurisprudenza tedesca sulle decisioni degli esecutivi*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 3/2021, in corso di pubblicazione.

TUE)⁴⁸, agli interventi della Corte di Giustizia per violazione del diritto UE (troppo puntuali e circoscritti per incidere sull'intero sistema)⁴⁹, fino alla subordinazione della concessione di risorse economiche al rispetto dei parametri dello stato di diritto⁵⁰ (*Next Generation UE*), il report aspira piuttosto ad attivare un metodo di *moral suasion* il quale, sfuggendo alle strette logiche politiche istituzionali – si pensi al potere di ricatto nei confronti della maggioranza che hanno gli stati inadempienti in seno al Consiglio – permette la creazione di una sorta di meccanismo di cooperazione integrato. Sia la relazione 2021 sia, ancora di più, quella *inaugurale* del 2020, rappresentano, pertanto, un salto di qualità che l'Europa ha fatto negli ultimi anni, nel solco di quel passaggio, che si auspica da tempo, da Unione di Stati legati da interessi economici a Unione di diritti.

Ma c'è però un altro fattore che non deve essere trascurato e, cioè, che i report sembrano porsi anche come strumenti per la difesa e la promozione di questi stessi interessi economici. Nel campo di applicazione della *rule of law* sono incluse, infatti, oltre agli elementi classici connessi al principio di legalità, al bilanciamento tra poteri e al rispetto dei diritti fondamentali, anche *nuovi* valori: la trasparenza, la lotta alla corruzione, l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione e della attività legislativa. Si tratta di strumenti concepiti come presupposti per assicurare un ambiente favorevole non solo ad una società democratica, ma anche al funzionamento del mercato interno.

Ciò vale in particolare per il caso tedesco, dove la tenuta dello stato di diritto non pone particolari problemi in riferimento agli elementi primari, quanto piuttosto a quelli di contorno; aspetti che noi associamo solo indirettamente allo stato di diritto, ma che, in realtà, preannunciano ad una più vasta opera demiurgica del legislatore comunitario.

⁴⁸ La procedura sanzionatoria di cui all'art. 7 TUE (clausola di sospensione) stabilisce che il Consiglio possa sospendere alcuni diritti (compreso quello di voto in seno al Consiglio stesso) che i Trattati riconoscono a favore dello Stato membro che, a più riprese, abbia compiuto violazioni dei valori fondamentali di cui all'art. 2 TUE. Nella storia dell'Unione, la procedura di infrazione è stata utilizzata solo due volte, nei confronti di Polonia ed Ungheria, e si è rivelata farraginoso e poco efficace, non essendo riuscita a superare in entrambi i casi la fase istruttoria. Gli ostacoli maggiori all'utilizzo effettivo della procedura sembrano doversi individuare tanto nella soglia di attivazione richiesta quanto nelle complessità procedurali e nelle soglie di voto. Cfr. A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE online*, n. 1/2019.

⁴⁹ L'intervento della Corte di giustizia è preordinato ad un controllo puntuale su singoli casi e non sui sistemi di garanzia degli Stati membri nel loro complesso.

⁵⁰ È ciò che, ad esempio, è stato previsto con il piano *Next Generation EU* che, dal 1° gennaio 2021, subordina la concessione delle sue sovvenzioni al rispetto degli standard minimi dello stato di diritto comunemente riconosciuti in Europa.

Abstract: Il contributo analizza la situazione dello stato di diritto in Germania, muovendo dalle considerazioni della Commissione europea contenute nei suoi primi due report 2020 e 2021 e dando risalto alle criticità sotto l'aspetto normativo e applicativo in una prospettiva di sviluppo tanto diacronico quanto sincronico. Delle quattro macroaree tematiche prese in considerazione dai report, ha scelto di soffermarsi, in particolare, sul tema dell'indipendenza della magistratura, del lobbismo e della tutela dei diritti fondamentali durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Abstract: This contribution aims to provide a framework on the current situation of the rule of law in Germany, considering the issues addressed by the European Commission reports on the rule of law 2020 and 2021. It explores some of the core problems of the German pluralistic system, in particular the independence of the judiciary, the regulation of lobbying and the Covid-19 governance.

Parole chiave: Stato di diritto – Germania – Indipendenza della magistratura – Organo di autogoverno – lobbismo.

Key words: Rule of law – Germany – Independence of the Judiciary – Lobbying – Covid-19.